

O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil do Médico

Carlos Alberto Silva*

1. Introdução

Eu penso que há até o direito de se operar sempre, e até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito. Nestas conjunturas, a vontade do cirurgião deve prevalecer sobre a vontade do enfermo que, por ignorância não pode apreciar a vontade da sua recusa.

(....)

Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra a sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos. Operei-os e salvei-os.

Jean Lous Foure, A alma do cirurgião, 1929.¹

Esse texto reflete o pensamento de muitos profissionais da medicina que aplicam cegamente o Princípio da Beneficência de Hipócrates, em que se busca o melhor para o paciente, inclusive contra a sua vontade.

No entanto, a sociedade evoluiu e com ela a gama de direitos individuais fundamentais, entre eles o direito de disposição sobre o próprio corpo e a autonomia do paciente efetivada no consentimento informado.

A problemática que se pretende resolver com este trabalho consiste basicamente em estabelecer os limites da ação médica frente ao princípio do consentimento informado, abordando, ainda, o reflexo do consentimento informado sobre a responsabilização do médico.

A inobservância ao dever de obtenção do consentimento tem repercussão na responsabilização do médico? A não-obtenção do consentimento informado prévio ao ato médico constitui fundamento suficiente para eventual indenização? Essas são algumas das questões que pretendemos esclarecer.

No decorrer do trabalho verificaremos quais das hipóteses abaixo são tecnicamente adequadas à definição do reflexo do consentimento informado sobre a responsabilidade civil do médico.

Assim, se o consentimento constitui dever do médico e a sua inobservância caracteriza conduta culposa, então será devida a indenização pelos danos eventualmente ocasionados pelo ato médico não precedido do consentimento informado.

Noutra abordagem, se considerarmos o consentimento informado como direito da personalidade que merece proteção por si só, independente de dano corporal, então será devida a indenização pelo dano moral puro consistente na violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

Por outro lado, se o consentimento informado for causa excludente de responsabilidade, então o ato médico precedido de consentimento não poderá ensejar direito à reparação.

* Técnico do Conselho da Justiça Federal e professor de Direito Constitucional em preparatório para concursos públicos.

Muitas outras hipóteses poderiam ser analisadas a partir do tema, contudo, não constitui esta monografia espaço adequado para tais abordagens.

Ademais, esperamos que este trabalho venha contribuir para a evolução do denominado direito médico, a fim de trazer maior segurança para os pacientes e profissionais que atuam na medicina.

2. Consentimento informado

O consentimento informado constitui o direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos e benefícios das alternativas envolvidas, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor para si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades.

Procuraremos abordar o tema analisando os principais fatores envolvidos, principalmente atentos à importância de cada elemento constitutivo para a validade do consentimento.

2.1 Evolução histórico-filosófica

A vida está permanentemente ameaçada pela doença, pela decrepitude, pela dor e pela morte; fantasmas caprichosos e persistentes que exigem constantes atenções e convincente esconjuro. Estas tarefas complicadas são desempenhadas por quem possui profundos conhecimentos, quase impenetráveis para o homem comum. Eis, pois, um ambiente em que a racionalidade dá facilmente lugar ao fantástico. Não é difícil defender a existência de um Olimpo

para a medicina e alcandorar a semideuses os profissionais de tão duro mester (*sic.*), simultaneamente magos e sábios, eventualmente detentores da alquimia da cura.²

O texto revela o caráter sobrenatural que revestia o exercício da medicina na antiguidade, onde os médicos eram tidos como semideuses por supostamente conhecerem os mistérios daquela ciência.

A exaltação do médico decorria, em parte, da fragilidade do paciente diante das doenças, que às vezes eram consideradas resultado do pecado.

Assim, o desconhecimento pelo paciente dos melindres das doenças fazia do médico autoridade sobre o infortúnio e sobre o próprio paciente.

A passividade fazia do doente mero objeto do exercício da medicina, funcionando muitas vezes como experimento de novas técnicas.

Além disso, pelo caráter punitivo que era conferido à doença, o insucesso poderia ser apenas a manifestação da soberania divina, não se questionando a capacidade do médico, que geralmente era responsável pelo tratamento de todos os membros da família.

Todavia, as lutas históricas pelos direitos civis, e humanos, aí incluídos os direitos da personalidade, possibilitaram o reconhecimento do homem como fim nos processos de desenvolvimento científico, intelectual e tecnológico.

A conscientização acerca dos direitos dos consumidores aumentou significativamente a exigência quanto à qualidade dos serviços prestados, incluindo-se os serviços

médicos, que cuidam de bens de indiscutível importância.

Não obstante, a relevância dos bens jurídicos com que lidam os médicos, bem como as lutas históricas pelos direitos civis, a medicina somente começou a ter suas práticas questionadas ao final do século XIX, quando a sobrenaturalidade que revestia a medicina começou a desvanecer.

Afastou-se a prática em que o médico respondia sempre pelo doente decidindo sozinho o que fazer, como fazer e quando fazer, principalmente após a descoberta de inúmeras experiências não autorizadas em seres humanos.

Houve a ruptura com o período em que se a *magia* ou a *arte* médica não funcionasse nada se questionava, não se admitindo mais que o erro tivesse o nome de *desígnio divino* – fatalidade.

2.2 Princípio da autonomia

Não se pode analisar o consentimento informado sem abordar com maior profundidade o princípio da autonomia, suas características e quais os princípios em aparente conflito.

Historicamente, o conceito de autonomia surge na filosofia política grega onde designava a capacidade das cidades-estado de editar suas próprias leis.

Já o surgimento e fortalecimento da autonomia da pessoa humana foi impulsionado pelas revoluções civis, entre elas a francesa, nas quais o ser humano foi considerado sujeito de direitos e garantias que mesmo o Estado não poderia se negar a protegê-los ou

pretender extirpá-los por serem considerados inerentes à pessoa.

A autonomia pode ser definida como liberdade dos condicionamentos externos, contrapondo-se ao paternalismo, que se justificaria como medida adotada para se evitar danos ao indivíduo, aqui considerado como incapaz de escolher o melhor para si, independente de sua bagagem cultural.

O paternalismo de outrora foi sendo substituído pelo consentimento informado, expressão do reconhecimento da autonomia do paciente, aceitando-se o indivíduo como capaz de decidir, ainda que com auxílio técnico, sobre a submissão a determinado tratamento.

A discussão envolve a questão de saber se o médico pode adotar um posicionamento paternalista, que dispensa a participação do paciente na tomada de decisão sobre práticas médicas, as quais irão ser efetivadas sobre seu corpo, ou se, ao contrário, deve possibilitar a intervenção do paciente na escolha e discussão do tratamento, admitindo que, mesmo evidenciados os benefícios, poderá o paciente escolher por não adotá-lo, ainda que tal decisão coloque em risco a sua própria vida ou saúde.

Muito se discute sobre como atribuir ao paciente que, em regra, não possui conhecimentos técnicos para identificar e avaliar o mal de que padece, poder de decisão semelhante ao do médico. Tal questionamento acerca da capacidade do paciente de compreender a real extensão da sua decisão carece de validade, pois ignora a possibilidade de o paciente ser previamente informado e esclarecido sobre os fatores mais relevantes da situação de saúde em que se encontra.

Essa é a principal finalidade do consentimento informado, munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio possa decidir, conscientemente, sobre a adoção de eventual tratamento médico.

Não se deve afastar o direito do paciente decidir, esclarecidamente, sobre os tratamentos a que se submeterá, principalmente considerando que poderão ocorrer consequências permanentes, mesmo com possibilidade de que a decisão compartilhada venha a ser pior do que a decisão puramente técnica, que também não está isenta de erros.

O Professor João Vaz Rodrigues,³ do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, aborda com propriedade a questão da autonomia do paciente. Vejamos:

Ao indivíduo, que se quer livre, quando não afectado por deficiência física, psíquica ou anímica comprometedora das suas faculdades naturais de entendimento ou de volição, i.e., quando juridicamente capaz para o exercício dos direitos de que é titular, a ordem jurídica reconhece, e protege *erga omnes*, uma considerável esfera de autonomia. E esta autonomia exprime-se, entre o mais, pela autodeterminação em relação ao próprio corpo. O mesmo é dizer, pelo respeito, pela vontade manifestada por uma pessoa sobre a sua própria esfera física, psicológica e social. Deste modo, em princípio, e por princípio, o paciente deve poder permitir ou impedir a intervenção do médico na sua esfera físico-psíquica, e, permitindo-a, deve poder pronunciar-se, na medida do possível, sobre o respectivo sentido e limite (*sic*).

Respeitar a autonomia é a expressão do reconhecimento de que cabe ao paciente de-

cidir sobre o próprio corpo, segundo sua visão de vida, fundada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos.

O respeito à autonomia requer tolerância com diferentes visões de mundo.

2.3 Princípio da beneficência

Vale ressaltar que o princípio da autonomia da vontade aparentemente confronta-se com o tradicional princípio da beneficência, que consiste na busca implacável do *melhor* resultado para a saúde do paciente, independentemente da sua concordância.

Esse entendimento sobressaiu sem muitas discussões ao longo do tempo, refletindo o juramento de Hipócrates, em que se anuncia a necessidade do médico buscar o melhor para o paciente, mesmo contra a sua vontade.

O princípio da beneficência é a manifestação mais clara do paternalismo, pois retira do paciente o poder de procurar ou recusar um determinado tratamento, de dispor de seus órgãos sem prejuízo próprio (por exemplo, para fins de transplantes), transferindo-o ao médico, o qual fica autorizado a agir autoritariamente em face da necessidade de proteger o paciente contra riscos que ele não estaria preparado para enfrentar ou não poderia compreendê-los.

Consideramos que há compatibilidade entre o princípio da beneficência e o princípio da autonomia, mesmo reconhecendo que o primeiro exalta o paternalismo e o segundo a autonomia do paciente.

O paciente não exerce uma autonomia pura, sem influência externa. Ao contrário, tem como de significativa importância a condução do processo de esclarecimento pelo médico.

Na verdade, tem-se uma maior valoração do princípio do consentimento informado sobre o princípio da beneficência, mas não a sua exclusão da prática médica, mormente nos casos em que se permite o afastamento do consentimento informado.

Somente ponderando os bens jurídicos em jogo poderemos obter o máximo de proveito para o paciente, não sendo possível falar em atuação médica que absolutamente desconsidere a autonomia ou a beneficência.

2.4 Capacidade de autodeterminação

A capacidade de autodeterminação é requisito de validade do consentimento informado.

Ressalte-se que a integridade física é salvaguardada desde a concepção, sendo, portanto, todo ser humano com vida sujeito de direito à integridade física e psicológica, tendo a capacidade de direito, mas nem sempre a capacidade para o exercício.

Dessa forma, há que se discutir se o critério para reconhecimento da capacidade de autodeterminação coincide como o estabelecido no Código Civil em vigor, ou seja, vale para o exercício da autodeterminação o critério da capacidade civil?

A resposta não é simples. Se adotarmos o critério da capacidade civil, podemos estar excluindo pessoas com plenas condições de participar da tomada de decisão sobre a sub-

missão ou não a uma determinada prática médica, como é o caso evidente do pródigo, que só tem a capacidade restringida para relações patrimoniais.

Por outro lado, o ato jurídico, para a sua validade, requer agente capaz.

Assim, o consentimento informado para ter validade depende da capacidade civil para a manifestação da vontade.

Ainda que do ponto de vista ético-filosófico possamos reconhecer a capacidade de autodeterminação dos civilmente incapazes, não terá validade jurídica o consentimento manifestado por quem não tenha capacidade civil.

A recusa ao tratamento, no entanto, não requer agente capaz, vez que a regra é a inviolabilidade, motivo pelo qual admitimos que o paciente acima de 12 anos de idade – adolescente – possa recusar submeter-se a tratamento médico, desde que não haja risco à sua vida.

Nesse sentido, o novo Código Civil reconhece a importância da vontade do adolescente quando a decisão recai sobre sua pessoa, condicionando, no art. 1.621, a adoção à concordância do adolescente maior de 12 anos, mesmo com o consentimento dos pais ou representantes legais.

É bem verdade que o objetivo do legislador na situação indicada é salvaguardar de problemas posteriores relativos ao relacionamento e adaptação à nova realidade familiar do adolescente.

No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente fixa regras que deixam evidente a necessidade de participação das crianças e

adolescentes nas decisões que afetem a sua vida.⁴

Além disso, o art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o direito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, protegendo, expressamente, a autonomia.

Ressalte-se, no entanto, por ausência de dispositivo legal, que o menor de 16 anos tem direito à participação no processo que conduz ao consentimento, mas não pode, sozinho, legitimar o tratamento médico, pois lhe falta capacidade civil.

Mais liberal foi o entendimento da Assembléia Ordinária do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que aprovou a Resolução 42, de 13 de outubro de 1995, publicada no *DO* de 17/10/1995, garantindo-se às crianças e adolescentes a participação na medida de seu desenvolvimento moral, a partir dos sete anos.

Às crianças menores de sete anos é garantido, pela mencionada resolução, o direito de serem informadas, de forma adequada ao seu nível de compreensão.

Lembre-se, por oportuno, que a incapacidade civil é condição que visa a proteger os interesses dos incapazes, pois é presumida a falta de experiência para exercitarem sozinho seus direitos.

Assim, não destoia da norma legal o entendimento que permite a participação de incapaz, inclusive com recusa, no procedimento relativo à obtenção do consentimento informado, pois a atuação médica sobre a integridade física ou a saúde do paciente, como mencionado, é exceção à inviolabili-

dade, motivo pelo qual deve ser autorizada por quem tenha plena capacidade civil. Já o dissenso não depende deste requisito.

Quanto aos pacientes acometidos por perturbação ou doença mental, e outros em situação de substancial diminuição na capacidade de consentir, dependerão de autorização dada por seus representantes legais, garantindo-se a informação e participação, dentro dos limites de suas capacidades, vez que não há forma científica absoluta de estabelecer os momentos lúcidos, embora tenhamos notícias de estudos avançados na Itália.

Se o paciente for pessoa juridicamente incapaz ou analfabeta, o consentimento deverá ser obtido com redobrada cautela, principalmente pela dificuldade de compreensão das informações, sendo recomendável o acompanhamento do representante legal do incapaz, que deverá intervir nas situações em que haja possibilidade de lesão.

Por outro lado, não compete ao médico decidir se a forma de pensar do paciente está errada ou fundada em informações falsas, mas se existe maturidade para decidir.

Dessa feita, se o médico verifica que existem vários preconceitos ou crenças infundadas, cabe a ele tentar esclarecer o paciente munindo-o de dados necessários à solução do impasse sobre a atuação médica.

Contudo, se o paciente, mesmo após os esclarecimentos, persistir em não se submeter ao tratamento, nada mais resta ao médico fazer senão aceitar a decisão, ainda que acredite não ter sido a mais acertada.

2.5 A informação e o esclarecimento

O respeito que deve ser dispensado ao paciente pressupõe o dever de informar, que encontra fundamento na transparência e boa-fé, que devem guiar as relações em geral.

O exercício do consentimento informado efetiva-se após a junção da autonomia, capacidade, voluntariedade, informação, esclarecimento e do próprio consentimento.

Considerando-se o paciente como verdadeiro sujeito, e não mero objeto da atuação médica, exige-se do médico uma nova postura, facultando ao paciente os elementos imprescindíveis para que este conheça e compreenda os dados do seu problema de saúde para, a partir daí, decidir em conjunto com o médico sobre o tratamento que será ou não efetivado.

Entre os elementos de validade do consentimento informado, talvez a informação seja um dos mais importantes, motivo pelo qual deve ser clara, objetiva e em linguagem compatível com o receptor.

Assim, de nada adianta o médico falar para o paciente que ele terá que se submeter a uma *laparotomia*, pois dificilmente um paciente pouco acostumado com as expressões médicas saberá do que se trata.

O normal é a ignorância quanto aos termos técnicos, devendo o médico evitar utilizá-los, salvo em situações autorizadas pelo nível intelectual do paciente receptor.

De outra parte, se não impossível, é demasiadamente oneroso impor ao médico o esgotamento das informações relativas ao tratamento e à doença do paciente.

Dessa forma, o médico deve ser pontual, escolhendo quais informações são importantes para a decisão do paciente, não devendo se ater mais aos benefícios do que aos riscos, sob pena de responder por omissão de dado relevante.

A ponderação de qual linguagem e quantidade de informação a ser repassada há que considerar o grau de entendimento do paciente, assim como a gravidade da intervenção a ser efetivada.

Tal é a importância da participação do médico como orientador, que se o paciente mereceu o devido cuidado médico, com o correspondente esclarecimento sobre os riscos e benefícios dos tratamentos, assim como as variáveis envolvidas, ele não decidiu sozinho, a decisão foi tomada em conjunto, respondendo o médico pelas informações sonegadas, podendo invalidar o consentimento informado.

É bom frisar que o direito à informação na prestação de serviços está garantido no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser adequada, clara, especificar as características e os riscos envolvidos.

A omissão do médico em informar ao paciente sobre o tratamento a que, eventualmente, terá que se submeter poderá ser classificado como negligência a justificar a responsabilização do médico.

A principal importância da informação é munir o paciente de elementos básicos à sua decisão.

É bom ressaltar a importância da informação para validade do consentimento, pois na hipótese de submissão do paciente

ao tratamento médico por insuficiência de esclarecimento dos dados, inválido será o consentimento informado.

Nesse diapasão, vejamos o ensinamento do ilustre professor Matielo⁵:

A insuficiência ou falta de informações ao paciente ou responsável no momento da obtenção do consentimento faz com que juridicamente se cuide da matéria como se inexistisse este, porque se presume que, recebendo corretamente os dados que foram sonegados, os diretamente interessados melhor poderiam sopesar os detalhes e decidir de forma diversa.

Portanto, a informação deverá ser prestada de acordo com a personalidade, o grau de conhecimento e as condições clínicas e psíquicas do paciente, de forma clara, abordando os dados do diagnóstico ao prognóstico, tratamentos a efetuar, riscos conexos, benefícios e alternativas, se existentes.

Quanto à forma de fornecimento das informações ao paciente, poderá ser oral ou por escrito, desde que haja certeza da compreensão dos dados, por ser elementar para a validade do consentimento.

Assim, nada impede que algumas informações mais relevantes sejam fornecidas por escrito, com suplementar indagação e exame de compreensão, principalmente em tratamentos com lesões irreversíveis.

Não obstante a lei permita nos tratamentos médicos a adoção da forma verbal, desaconselhamos sua utilização solitária nos casos que apresentem grandes margens para danos corporais ao paciente, devendo-se, assim, por cautela, informar pessoalmente sobre os riscos, benefícios, diagnóstico e

prognóstico, reduzindo-se as informações por escrito mediante solicitação da assinatura do concordante.

Os analfabetos e juridicamente incapazes devem ter a vontade respeitada quanto à oposição ao tratamento, mas o processo de avaliação da compreensão e concordância deve ser explícito, principalmente nas situações que apresentem possibilidade de danos graves ao paciente, sendo exigido o consentimento do representante legal para a realização do ato médico.

2.6 Vícios de consentimento

Os vícios de consentimento são os mesmos que atingem os atos jurídicos em geral, como a ignorância, em que há ausência de conhecimento sobre o objeto da decisão. Já no erro, há falsa noção sobre determinado fato ou coisa.

O consentimento pode ser considerado inválido, ainda, pela existência de erro substancial, que consiste na declaração de vontade viciada, *in casu*, por falsa noção sobre as *características*⁶ do tratamento ou da doença.

Há, ainda, a hipótese da invalidade do consentimento por *falso motivo*,⁷ que poderá ser verificado no caso de erro no diagnóstico, como numa situação em que o médico afirma ser o tumor maligno, mas na verdade tratava-se de tumor benigno.

No exemplo acima, as circunstâncias indicam que a decisão do paciente seria pela não intervenção cirúrgica, principalmente considerando-se os riscos envolvidos na operação e a ausência de benefício.

Assim, pode-se afirmar, em tese, que houve violação à integridade física do paciente que se submeteu ao tratamento desnecessário ou teve extirpado parte de seu organismo.

2.7 O consentimento informado

Depois de delineados alguns requisitos do consentimento informado, resta-nos abordar o consentimento, a concordância ou discordância do paciente com o tratamento.

Lembre-se que a necessidade do médico obter o consentimento informado antes da adoção de qualquer prática médica relevante constitui dever ético do médico, que tem influência na aferição de responsabilidade civil, penal e administrativa.

Obviamente que o consentimento deve ser isento de pressões, em outros termos, deve ser voluntário, específico, pois pouco adiantaria a concordância em termos genéricos como *tudo que for necessário para me curar*, já que voltariamos à fase da escolha solitária pelo médico.

Outra característica do consentimento é o fato de que pode ser parcial. Assim, nada impede que a concordância do paciente seja apenas para o diagnóstico, não podendo o médico aproveitar o estado do paciente para realizar cirurgia que não estava autorizada.

O consentimento é revogável, o que impossibilita o médico continuar o tratamento contra a vontade do paciente, exceto nos casos em que a interrupção coloque, pelas novas circunstâncias, em grave risco a vida do paciente, pois do contrário estaríamos admitindo a eutanásia passiva, que é vedada no nosso ordenamento jurídico.

Somos a favor, como já mencionado, da compatibilização do princípio da autonomia com o da beneficência, razão pela qual o médico, sempre que possível, e sem grave risco à vida, deve atender à vontade do paciente.

A obtenção do consentimento do paciente para a adoção de determinada prática médica é a concordância parcial ou não, revogável, precedida de informação clara, pontual, abrangente, suficiente para real compreensão da situação de saúde.

O consentimento informado é direito do paciente, enquadrado entre os direitos da personalidade, representando a autonomia do paciente sobre sua integridade física e psicológica, consistente no poder de decidir esclarecidamente sobre eventual submissão ao tratamento ou diagnóstico médico.

Na verdade, já nos advertia João Vaz Rodrigues⁸ que “o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher o médico, ou de recusar um tratamento médico indesejado, antes constitui garantia da proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana”.

O consentimento pode ser presumido, que só será relevante desde que em benefício do próprio paciente, e tomado de acordo com históricos de concordância para idênticas situações.

2.8 Do consentimento informado no direito comparado

O consentimento informado tem merecido especial atenção dos norte-americanos. Segundo João Vaz Rodrigues,⁹ a expressão *informed consent* foi utilizada numa decisão

proferida por um Tribunal da Califórnia, em 1957, muito embora, dois anos antes, a *Supreme Court* da Carolina do Norte tenha qualificado como conduta negligente de um cirurgião a ausência de explicação dos riscos envolvidos numa intervenção cirúrgica.¹⁰

Todavia, a sentença que cuidou do direito de autodeterminação sobre o destino do próprio corpo por parte de um adulto consciente foi proferida pelo Juiz Benjamin Cardozo no caso *Schloeendorff v. Society of New York Hospital* (1914).¹¹

Essa decisão é considerada como o embrião da doutrina do consentimento informado, ao configurar o paciente como um indivíduo livre e autônomo a quem se reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões.

A partir dessas decisões, firmou-se entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de obtenção da autorização do paciente previamente a qualquer intervenção médica invasiva, ainda que seja para proveito do próprio paciente, incluindo-se os diagnósticos que envolvam, por exemplo, o pudor do paciente.

Na Alemanha, tem grande importância o respeito à integridade corporal ou física do indivíduo, talvez fruto do julgamento dos crimes cometidos na II Guerra Mundial, que resultou na elaboração do Código de Nuremberg, no qual ficou expressamente consignada a teoria do consentimento informado.

O médico passou a ser visto mais como conselheiro do que árbitro sobre o tratamento, entendendo os tribunais estrangeiros que o respeito pelo direito da autodeterminação do paciente aumenta ao invés de diminuir a confiança no médico, além de respeitar a liberdade e a dignidade como ser humano.

Citamos, por oportuno, a sentença do *Reichsgericht* de 31 de Março de 1894, proferida sobre o seguinte caso: um médico, após ter diagnosticado uma tuberculose óssea de que padeceria o paciente – uma criança de sete anos –, procedeu à amputação de um pé deste, contra a vontade expressa do pai. Decidiu-se, ademais, que o dissentimento do paciente constituía um limite ao tratamento médico lícito, ainda que conduzido segundo a *leges artis*.¹²

Fator de extrema importância na legislação alemã sobre o consentimento informado refere-se ao fato de que, na oposição dos representantes legais dos incapazes sobre a adoção de tratamento que o médico repute necessário e inadiável, deverá ser levado o caso ao conhecimento da autoridade judiciária.

Menciona, ainda, as hipóteses em que o médico poderá desconsiderar a necessidade do consentimento como a situação de tratamento de saúde obrigatório, não podendo, contudo, forçar coativamente o visado a receber o tratamento, assim como os casos de necessidade e urgência, tal como o perigo de vida, e se o paciente não puder manifestar-se, poderá o médico agir.

O Código de Deontologia italiano de 1995 estabelece, segundo João Vaz Rodrigues,¹³ um conjunto de regras sobre o consentimento informado, a saber:

- Institui-se o dever de o médico dar a conhecer ao paciente – tendo em conta o seu nível de cultura, de emotividade e a sua capacidade de discernimento – informação serena e idônea sobre o diagnóstico, sobre o prognóstico e sobre a perspectiva terapêutica, as consequências de esta ser ou não

seguida, tudo com o fim de promover a adesão do paciente ao diagnóstico e à terapia propostos (CF art. 29);

- Dispõe que o próprio fornecimento da informação fica sob condição do paciente consentir em tal (CF art. 30);

- Dispõe, ainda, que o consentimento informado será prestado por escrito nos casos em que as particularidades da intervenção, ou as possíveis conseqüências para a integridade física determinem seja oportuna a manifestação inequívoca da vontade do paciente (CF art. 31).

Na Espanha, o consentimento informado decorre da consagração constitucional do dever de respeito pela dignidade da pessoa e do direito à integridade física.

No direito estrangeiro, a teoria do consentimento informado está bem avançada, talvez em razão dos graves acontecimentos de violação aos direitos da personalidade durante as guerras que afligiram diversos países.

2.9 O consentimento informado no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Brasileira garante o direito à vida, incluindo-se, por extensão, o direito à integridade física, assim como o direito à saúde.

Garante, ainda, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como confere especial destaque aos direitos humanos, entre eles os direitos da personalidade, que compreendem o consentimento informado.

O Código Penal, no § 3º art. 146, só reconhece a excludente de ilicitude da inter-

venção do médico sem o consentimento nos casos de iminente risco à vida.

O consentimento informado há muito tempo está regulamentado pelo Código de Ética Médica, conforme nos faz saber o professor Léo Meyer Coutinho,¹⁴ ao comentar o art. 46. Vejamos:

Este artigo, que já constava no Código anterior, é sumamente importante. Certamente por influência da época em que o médico era visto como um semideus, ainda é freqüente um comportamento que reflete essa atitude. Não é raro, em especial os pacientes humildes, informarem, na anamnese,¹⁵ que foram operados e exibem uma cicatriz cirúrgica abdominal. Perguntamos qual cirurgia foi efetuada e *ele* responde: “não sei. O doutor não disse”.

Continua o citado mestre que, pela experiência na atuação médica, funciona como testemunha, a saber:

É fundamental o médico ter consciência de que o paciente não é de sua propriedade. Ele tem, e deve ser respeitada, vontade própria. Até mesmo para prescrever os medicamentos o médico deve informá-lo das finalidades.

O art. 56 do Código de Ética Médica, por sua vez, veda a violação do direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Ressalte-se, no entanto, que o consentimento informado constitui direito do paciente, que pode recusar o seu exercício por temer conhecer os diversos aspectos da sua doença, podendo, nesses casos, designar outra pessoa que receberá as informações e por ele decidirá.

Nesse sentido, o art. 59 do mencionado código veda ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo nesse caso, o consentimento ser obtido da pessoa indicada pelo paciente ou por seus familiares.

É bom lembrar que o médico deve obediência às normas contidas no Código de Ética Médica, sob pena de ser responsabilizado administrativamente, bem como dar causa à conduta dolosa ou culposa a ensejar responsabilização civil e/ou criminal.

Fabrizio Zamproga Matielo,¹⁶ ao tratar do consentimento informado, assim ministrou:

As intervenções que acarretem risco mais acentuado, em especial as cirurgias, terão de ser previamente submetidas à apreciação do paciente ou de quem possa por ele decidir (em caso de impedimento pessoal), a fim de que seja dado consentimento, sob pena de responder o profissional por eventuais resultados negativos derivados do agir levado a efeito sem a devida concordância da parte interessada. Isto, à evidência, quando inexistir risco de vida concreto e atual, pois, estando presente perigo, deverá haver a tomada incontinentemente das providências emergenciais destinadas a salvar a vida do paciente, sem que tal atitude represente afronta aos direitos deste.

Frise-se que o novo Código Civil consagrou, nos arts. 13 e 15, o princípio da autonomia e da disposição sobre o próprio corpo, os quais se efetivam pelo exercício do consentimento informado, reconhecendo a importância desses direitos para o pleno desenvolvimento da pessoa.

Os direitos da personalidade são decorências lógicas da proteção à pessoa, podendo ser natos ou adquiridos. A autonomia – disposição sobre o próprio corpo – deriva do direito nato à integridade física do indivíduo.

O novo Código Civil prevê medidas para a cessão de lesão ou ameaça de lesão aos direitos da personalidade, aí incluído o direito à autodeterminação, assim como reparação, satisfação ou compensação pelos prejuízos sofridos, ainda que somente tenha atingido a órbita moral do indivíduo no aspecto interno.

2.10 Do privilégio terapêutico

Não obstante a importância do consentimento informado na prática médica, existem situações em que o risco à vida do paciente torna impossível ou indesejável todo o rigor na sua efetivação.

Nesse sentido, poderíamos indicar as situações de emergência ou urgência, em que às vezes o paciente sequer é atendido num estabelecimento médico, mas no próprio local do acidente, em condições adversas.

É lógico que nessas situações não se pode imputar ao médico a violação ao dever de respeitar o consentimento do paciente, vez que o risco à vida e as demais circunstâncias preponderam sobre o direito do paciente à disposição sobre o próprio corpo.

Nos casos em que se afasta a necessidade do consentimento informado a doutrina denomina de privilégio terapêutico, que constitui exceção à necessidade de legitimação do ato médico sobre a integridade física mediante o consentimento médico.

É bom lembrar que é plenamente aplicável o princípio da beneficência nas situações em que o grau de risco seja extremamente agravado, em que o médico deva de toda maneira tentar salvar e obter o melhor resultado para a saúde do paciente, afastando-se a necessidade de consentimento informado pelo tempo exíguo e o risco iminente.

Na oportunidade, citamos o magistério do ilustre professor Coutinho:¹⁷

Que fique bem claro que somente em iminente risco de vida é que podemos intervir, clínica ou cirurgicamente, contra a sua vontade, ou de seus familiares. E somente quando o risco for real, não meramente potencial.

Pelo caráter pedagógico dos exemplos citados sobre risco concreto e risco potencial nos valem os ensinamentos do referido mestre:

Diagnosticamos um enorme aneurisma de aorta abdominal. Esclarecemos ao paciente que aquele aneurisma poderá romper a qualquer momento, sendo fatal. Ele decide não operar. Não podemos fazê-lo.

Noutro sentido, continua:

Chega ao hospital um paciente com abdome agudo, que puncionado revela sangue na cavidade peritonial. Temos a obrigação de operar, queira ou não o paciente ou seus familiares. Se necessário, podemos solicitar até a intervenção policial para garantir a segurança necessária ao ato.

Lembre-se que do ponto de vista criminal o médico encontra amparo nas excludentes de culpabilidade ou ilicitude, conforme a situação apresentada.

Não constitui crime nem ilícito civil a intervenção médica ou cirúrgica, sem o

consentimento do paciente ou de seu representante, se justificada por iminente perigo à vida.

Sob outra perspectiva, não constitui constrangimento ilegal – crime contra a liberdade pessoal – agir para salvar a vida do paciente, ainda que contra a sua vontade.

O risco de morte ou grave lesão física libera o médico de obter o consentimento do paciente, mormente se não estava em condições de prestá-lo ou não havia tempo razoável para fazê-lo sem prejuízo para a vida do paciente.

Contudo, o privilégio terapêutico constitui exceção ao dever de obtenção do consentimento informado, pelo que compete ao médico a prova da existência da situação extraordinária autorizadora da intervenção, sob pena de responsabilização do médico, conforme já reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina,¹⁸ a saber:

Infração aos arts. 46 e 59 do CEM: efetuar procedimento médico sem esclarecimento e consentimento do paciente. Deixar de informar ao paciente os riscos e objetivos do tratamento.

I - Alterar procedimento anteriormente planejado, quando não caracteriza emergência médica, sem o devido esclarecimento do paciente ou responsável legal, constitui ilícito ético. Rel. Moacir Soprani – Proc. 111/1997 – Origem: CRM/DF. Tribunal: Câmara do CFM – Publicação: *DOU* de 11/10/1999, Seção I, p. 17.

3. Responsabilidade civil do médico

Acerca da responsabilidade do médico teceremos breves considerações a fim

de possibilitar o entendimento do reflexo do consentimento informado na responsabilização civil do médico, fazendo singelas observações sobre o aspecto criminal, pois *nas rasas águas* deste trabalho não se pode abordar com profundidade todos os aspectos do consentimento.

Assim, recordando o aspecto histórico, perceberemos que o tratamento da responsabilidade na antiguidade era bem diferente da atualidade, vez que o médico era tido como semideus, não sendo questionado o exercício do ofício, principalmente pela existência da figura do médico da família e da pequena evolução científica.

Todavia, esse quadro mudou drasticamente com o avanço científico e tecnológico, ressaltado pela busca da cidadania plena, fazendo com que hoje exista inúmeras ações questionando práticas médicas, não restando ninguém imune a tal possibilidade.

Da irresponsabilidade civil o médico passou a ser alvo de desconfiança, investigações e punições nas esferas administrativa ou judicial, respondendo pelas violações éticas, civis e penais, fruto, em grande parte, da relação médico-paciente que, aparentemente, pouco melhorou com o passar dos anos.

Mesmo assim, tendo em vista a importância do médico para a sociedade, a lei protege o exercício da medicina, não sendo nada fácil a comprovação das falhas médicas em razão do arcabouço jurídico que favorece ao profissional de tão nobre função social, conforme perceberemos ao longo da análise dos aspectos da responsabilidade civil.

3.1 Responsabilidade contratual

Embora o Código Civil anterior tenha disposto sobre o tema na parte relativa aos atos ilícitos, a responsabilidade do médico, em regra, decorre de uma relação contratual entre o médico e o paciente.

O contrato normalmente é verbal em razão da dificuldade de se estabelecer burocracias na medicina.

Existe discussão doutrinária para definir se o médico recebe um mandato do paciente, realiza empreitada ou prestação de serviço, sendo o último posicionamento majoritário.

É consenso entre os doutrinadores que a prestação de serviços pelo médico ao paciente submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, além de apresentar características de contrato de adesão.

Sobre o contrato de adesão, assim manifestou o ilustre Fabrício Zamprogna Matielo:¹⁹

Além dessas considerações, ainda se tem de mencionar a maneira *sui generis* em que normalmente se dá a contratação de serviços médicos, onde uma das partes, na ânsia de buscar a recuperação física ou psíquica, teria reduzida sua capacidade de discussão das condições contratuais, firmando, em verdade, um genuíno contrato de adesão.

Embora seja mais comum o caráter contratual da relação entre o médico e o paciente, surgem situações onde não há contrato, como no atendimento médico na rua ao paciente em situação de urgência.

Nesse caso, o vínculo existente é extracontratual, protegendo o profissional, ob-

viamente, pelas condições adversas em que realizou seu mister, não podendo exercer o mesmo rigor dedicado ao profissional que tem vários recursos à sua disposição.

3.2 Aferição de culpa

A responsabilização civil do médico depende de demonstração de culpa (negligência, imperícia ou imprudência), vez que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, conforme dispõe o § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a responsabilização do médico depende de prova da existência dos elementos da culpa ou do dolo, sendo que a última hipótese traz consigo maior gravidade em razão da intenção de prejudicar.

Considera-se como negligência o descaso, a desídia do profissional quanto aos deveres da profissão.

Já a imprudência pode ser definida como ação precipitada, irrefletida, em que o profissional não se preocupou em evitar dano previsível.

Por fim, controvertida a situação relativa à imperícia, vez que parte da doutrina entende que a formação recebida afasta a possibilidade de imperícia do médico, vez que a imperícia é considerada como falta de conhecimento ou técnica profissional, sendo, contudo, outro o entendimento da jurisprudência, que reconhece a possibilidade de imperícia pelo médico.

3.3 Obrigação meio ou de resultado?

Normalmente a obrigação do médico é de meio, consistindo no dever de efetivação

de todas as medidas necessárias para salvar o paciente, não se obrigando a resultado positivo.

O médico deve utilizar os recursos disponíveis, não medir esforços e sempre atuar dentro da técnica, não podendo experimentar meios de cura, sob pena de responsabilização.

Já na obrigação de resultado, o contratado obriga-se a proporcionar determinado resultado positivo, não sendo suficiente a diligência e os esforços empregados para isentar o obrigado da responsabilidade.

Há discussão doutrinária acerca da obrigação a que estão sujeitos os cirurgiões plásticos e dentistas, sendo majoritária a doutrina que considera ser obrigação de resultado.

Um dos aspectos importantes da distinção entre a obrigação meio e a obrigação de resultado é a inversão do ônus, vez que na obrigação de resultado cabe ao médico comprovar ter alcançado o resultado a que se comprometera, já na obrigação meio cabe, em regra, ao paciente demonstrar culpa ou dolo a justificar a reparação pretendida.

3.4 Danos

Para responsabilização não é suficiente a existência do inadimplemento de uma obrigação ou a comprovação de culpa, há que existir, em regra, um dano.

Daí, normalmente recorreremos à tradicional classificação dos danos em patrimoniais ou em morais, estes também chamados extrapatrimoniais, embora de abrangência diversa.

Os danos representam lesões aos interesses juridicamente protegidos, atingindo direta ou indiretamente o patrimônio de terceiro ou a sua moralidade.

A moralidade do indivíduo pode ser afetada no aspecto íntimo (honra subjetiva) ou ter repercussão externa (honra objetiva).

Os danos decorrentes da ação médica podem ter efeitos patrimoniais – também chamado de dano material, como é o caso das despesas com tratamento, perda decorrente de deformidade que impossibilite o exercício de atividade laboral, bem como pode atingir o moral do indivíduo, como o sentimento de desprezo, estresse, depressão, angústia, traumas etc.

Situação conflituosa é a de definir se a violação do direito ao consentimento informado caracteriza, por si só, dano passível de reparação ou satisfação.

Seria a violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo efetivado no consentimento informado um dano a ser indenizado?

Os direitos decorrentes da personalidade – chamados de direitos da personalidade – têm proteção constitucional, estando salvaguardados, também, por diversas leis infra-constitucionais, inclusive pelo novo Código Civil.

Os direitos à integridade física e à disposição sobre o próprio corpo são protegidos – dada a sua importância – pela legislação penal, sendo que a observância desses direitos natos decorre da possibilidade de decisão do indivíduo sobre o seu corpo (consentimento informado), excetuadas as situações em que o legislador tornou-os indisponíveis, pois po-

dem afetar o direito à vida, que é garantido a despeito do interesse egoísta de cada pessoa, pois importa à coletividade.

Assim, o direito ao consentimento informado é dever do médico que, em não observando, age com negligência, bem como viola o direito da personalidade, que encontra salvaguarda no novo Código Civil.

Para alguns doutrinadores,²⁰ a violação ao consentimento informado somente teria o efeito de agravar a responsabilidade do médico na aferição da culpa, pois sua inobservância constituiria negligência profissional, elemento da culpa.

Todavia, acreditamos que a violação ao consentimento informado, além de constituir elemento caracterizador da culpa do médico, tem também proteção autônoma. Em outras palavras, a disposição sobre o próprio corpo e o direito à integridade física de que decorre o consentimento informado são bens jurídicos que merecem proteção em si.

O direito à integridade física, como mencionado, é de tal importância que o legislador dedicou diversos dispositivos para tratar da sua proteção, definindo como crime a sua violação dolosa.

Assim, não nos parece razoável que a devolução indevida de um cheque por insuficiência de fundos justifique a indenização pelo dano moral puro, e que a violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo com afetação à integridade física não mereça sequer igual tratamento.

Para facilitarmos a visualização de eventual efeito danoso da ausência do consentimento informado, imaginemos uma situação onde a

pessoa contrata um médico para realizar uma cirurgia plástica com o objetivo de enrijecer a pele do rosto. No decorrer do tratamento, o cirurgião, por conta própria, decide fazer uma intervenção cirúrgica no nariz do paciente para sua diminuição, vez que o considera demasiadamente desproporcional ao restante do rosto.

O nariz do paciente, após a operação, apresenta evidente melhora na aparência e proporcionalidade, eis que não existiria razão para se falar em dano estético do ponto de vista objetivo.

Ocorre que a privação ao direito de decidir sobre o próprio corpo é uma ação invasiva e prejudicial ao indivíduo, razão pela qual entendemos que aquela intervenção cirúrgica deu causa ao dano moral por violação ao direito da personalidade representado no consentimento informado, embora possa se discutir a existência de dano corporal.

É indubitável que houve violação à integridade física do paciente, assim como desrespeito ao direito de disposição sobre o próprio corpo. Ainda que o padrão de beleza seja o proporcionado pela operação realizada sem o consentimento informado do paciente, não pode o médico decidir sobre o que não lhe pertence, a integridade física do paciente, ainda que entenda produzir o ato médico melhora para o que se propõe.

Não há dúvida que a ação invasiva fere a dignidade do paciente, que se sente incapaz de determinar o que deve ou não ser feito no seu próprio corpo, ocasionando sentimento de desgosto, traumas, assim como pode criar dificuldade de recuperação de saúde pelo estresse decorrente da intervenção indesejada.

Além disso, se lembrarmos que a maioria dos tratamentos médicos desencadeia uma situação de fragilidade e sofrimento, facilmente aceitaremos que uma ação não autorizada do médico sobre a integridade física ou psíquica do paciente geralmente traz desconforto desnecessário, pelo que deve ser objeto de reparação.

Se não admitirmos que o paciente tenha poder de disposição sobre o próprio corpo, o que lhe restará?

Por outro lado, de que adianta impor um dever ao médico – respeitar o consentimento informado, se não houver reparação ou satisfação nos casos de violação? Certamente estaremos premiando médicos negligentes quanto aos seus deveres, pois raros são os casos em que as vítimas conseguem administrativamente ao menos advertência do profissional pela negligência quanto ao consentimento informado.

A reparação com efeito pedagógico, que independe da comprovação do dano, vem sendo admitida pela teoria do dano moral puro, consagrada pela jurisprudência, razão pela qual deve ser aplicada por analogia às hipóteses de violação ao consentimento informado.

Assim, é possível a indenização (satisfação) pela violação ao consentimento informado que agride a liberdade, autodeterminação do paciente, podendo trazer angústias e dificuldade de recuperação médica, principalmente considerando o poder das doenças psicossomáticas, que podem ser ocasionadas pelo estresse dos tratamentos médicos indesejados.

O direito à disposição sobre o próprio corpo merece proteção com imposição de indenização por violação ao consentimento informado, que certamente pode ocasionar sofrimentos íntimos desnecessários.

Nesse sentido, o novo Código Civil Brasileiro, no parágrafo único do art. 953, possibilita ao juiz fixar equitativamente valor da indenização na impossibilidade do ofendido provar o prejuízo material, sendo que consideramos plenamente aplicável por analogia aos casos de reconhecida violação do consentimento informado.

3.5 Nexos de causalidade

É a demonstração do vínculo entre o dano suportado ou sofrido e a conduta comissiva ou omissiva do agente responsável.

Normalmente é tormentosa a questão probatória na responsabilização do médico, vez que é conhecimento comum o espírito de corpo existente na classe médica, bem como a discricção com que geralmente são adotadas as práticas médicas, sem presença de testemunhas ou acompanhamento de técnicos imparciais.

Contudo, o nexo de causalidade é essencial para a responsabilização do médico, sendo matéria geralmente utilizada como defesa, atribuindo-se o resultado negativo às causas incontrolláveis ao homem, tais como o caso fortuito ou força maior.

Observe-se que o nexo de causalidade é de suma importância, não sendo afastado nem mesmo nas situações que envolvam a responsabilidade objetiva.

Dessa forma, pode ocorrer que o dano

seja decorrência de caso fortuito ou força maior, assim como pode ter origem no comportamento culposos da vítima, elidindo a culpa do médico.

Assim, um dos cerne da questão do erro médico é a previsibilidade, que pode ser aferida do ponto de vista objetivo, a partir do conhecimento do homem médio, ou sobre a ótica subjetiva, onde se apura a previsibilidade de acordo com as condições pessoais do agente.

A imprevisão também afeta a necessidade de obtenção do consentimento informado previamente, sendo dispensável, como já descrito, nas situações de urgência ou emergência, que coloquem a vida em risco concreto.

Pela teoria objetiva de aferição da previsibilidade deve ser punido o médico que, mesmo diante da possibilidade de antevisão do resultado por uma pessoa de mediana diligência, não adotou medidas para evitar ou sanar o dano previsível.

O Código Civil confere ao caso fortuito e à força maior o efeito de excluir a ilicitude do fato, pois se enquadram nas hipóteses em que o acontecimento é inevitável, cujos efeitos não seriam dados ao homem prevenir ou impedir.

Na medicina existe grande margem para a ocorrência de situações imprevisíveis, tanto consequência de características próprias do paciente como resultado de reações adversas de medicamentos ministrados, sendo que nesses casos não há como imputar ao médico a responsabilidade se agiu com o devido cuidado.

Mais uma vez, o consentimento se faz necessário, pois o paciente informado dos possíveis efeitos do medicamento pode preferir alternativas de tratamento ou mesmo a abstenção diante de quadros alérgicos, por exemplo.

Frise-se que nas hipóteses de dano moral pela violação ao consentimento informado, há presunção do dano, pois não decorre de fatos plenamente verificáveis, vez que afeta a honra subjetiva do indivíduo.

O consentimento informado é de suma relevância, pois o corpo humano não é elemento disponível ao livre arbítrio do médico, tendo este de atuar de acordo com a vontade do titular do direito à integridade, sob pena de indenizar o paciente pelo dano moral (dano extrapatrimonial ao direito de personalidade) que venha causar.

4. Reflexo do consentimento informado na responsabilidade civil do médico

Como anunciado por muitos doutrinadores, o consentimento informado obtido do paciente não é um salvo-conduto para o médico cometer excessos e descuidar da técnica a todos imposta.

Isso porque o consentimento informado não isenta o médico do dever de cautela, de diligência e perícia, servindo como legitimação à intervenção médica, sem o que pode existir crime contra a integridade física ou mesmo constrangimento ilegal.

O consentimento informado legitima a ação médica, embora não afaste a possibilidade de responsabilização por erro decorrente de culpa.

Ao consentir com o tratamento sugerido o paciente está apenas autorizando a aplicação dos meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional tenha diligência.

Ocorre que, diante da inexistência do consentimento informado, a culpa do médico já se faz existente pela negligência quanto a um dos seus deveres, que, por outro lado, constitui direito do paciente de esclarecidamente decidir sobre as ações que possam incidir sobre a sua integridade física.

Acerca da cláusula de não indenizar, onde alguns profissionais procuram se isentar da responsabilidade sobre os riscos, o ilustre Matielo²¹ assim ministrou:

Logo, considerando-se que o direito à recomposição de danos causados à saúde do paciente é irrenunciável, a cláusula prévia de não indenizar carece de sustentáculo legítimo de existência e não prospera quando estabelecida entre as partes.

Todavia, consideramos que o consentimento informado tem grande repercussão na aferição de responsabilidade, além de evitar muitas demandas, pois o paciente informado dos benefícios e riscos é co-participante da decisão, levando-o a realizar um juízo de reflexão, que certamente trará maiores ponderações antes de buscar a tutela do Judiciário.

Alem disso, a falta do consentimento informado contribui negativamente para as ações judiciais, vez que, ao não dialogar com o doente sobre a sua situação de saúde, informando-o e decidindo conjuntamente, o médico aparenta desprezo pelo problema do paciente.

Ademais, a falta de oportunidade ao paciente de não se submeter a qualquer tratamento, que posteriormente lhe ocasionou dano corporal ou psíquico, enseja, ainda que o médico tenha agido de acordo com a técnica, a indenização pela violação do consentimento informado, vez que o paciente, ciente dos riscos, poderia não se submeter ao tratamento médico, não se aplicando o caso fortuito ou força maior para isenção da responsabilidade.

Assim, na hipótese em que não haja consentimento informado, mesmo que o médico empregue todos os meios disponíveis, se houver dano, ele responde pela negligência, já que a decisão do paciente poderia ser pela não submissão ao tratamento que ocasionou modificação no seu organismo ou mesmo lesão permanente.

No caso em que o dano tenha ocorrido por fato inesperado (caso fortuito ou força maior), como por exemplo, uma reação inesperada e adversa à medicação, vez que empregada toda diligência, ainda assim, se não houver consentimento informado do paciente, o médico é responsável pelo dano ocasionado, já que não deu oportunidade esclarecida ao paciente de não se submeter ao tratamento, chamando para si todos os riscos do tratamento.

Nesse sentido é o ensinamento de Matielo:²²

Atuando contra a vontade do paciente, estará o médico deliberadamente assumindo todos os riscos por qualquer resultado danoso que venha a ocorrer, porque lhe é defeso dispor de forma livre do organismo alheio quando o titular conscientemente rejeita a atuação pretendida. Embora as cir-

cunstâncias apontem para o óbito caso não se proceda à intervenção recomendada, estará o médico adstrito à vontade do paciente se o risco de vida não for iminente, porque soberana uma vez livremente emitida depois de munido aquele de esclarecimentos bastantes.

Continua seu magistério:

Mais do que isso, a única prova que poderá opor a eventual pretensão indenizatória derivada do agir despido de aquiescência dirá respeito à impossibilidade de esclarecer o paciente sobre o quadro de pleitear autorização dele ou de seus familiares, haja vista a necessidade premente de intervir em proveito da vida do paciente, ameaçada e destinada ao perecimento em caso de inação.

Os tribunais, ainda que de forma tímida, têm reconhecido que a ausência de consentimento constitui elemento constituinte da culpa do médico, a saber:

Responsabilidade civil. Erro médico. Anestesia.

O anestesiológista responde pelo dano causado ao paciente, em razão do procedimento anestésico, quando não obteve previamente anuência para realizar a anestesia geral (imprudência), não realizou exames pré-anestésicos (negligência) e não empregou todos os recursos técnicos existentes no bloco cirúrgico (imperícia).²³ Ap. Cível 597 009 992. 5ª CC. Rel. Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. DJ de 20/03/97.

O caso objeto da ementa refere-se a paciente menor de idade internada para cirurgia de pequena complexidade, com anestesia local. Passadas três horas do início da intervenção, foram informados os pais que a criança, por apresentar grande agitação, fora

submetida a anestesia geral (sem autorização ou conhecimento daqueles). Ato contínuo sofreu uma parada cardiorrespiratória, sendo conduzida à UTI em estado crítico.

Frise-se, contudo, que o médico pode e deve se recusar a efetivar tratamento demasiadamente arriscado para o paciente, não sendo suficiente o consentimento informado para isentá-lo de culpa.

Dessa feita, de nada adianta o médico obter o consentimento informado do paciente para realização de uma cirurgia de miopia que apresente um risco equivalente a sessenta por cento de chance de perda total da visão, pois os riscos superam os benefícios esperados.

Sobre o tema, vejamos o que diz Fernanda Schaefer:²⁴

Vale lembrar que, para o mundo jurídico, o não-esclarecimento ou a insuficiência das informações prestadas ao paciente sobre o seu estado de saúde e as formas e consequências do tratamento fazem que o consentimento dado nestas situações seja considerado como inexistente, pois se presume que, se o paciente tivesse sido mais bem instruído talvez, com aquele tratamento ou experimento, não tivesse consentido. Mesma consequência jurídica haverá quando constatada a presença de vício no consentimento (dolo, coação, simulação ou fraude).

O médico tem sempre o dever de estabelecer rígida comparação entre os riscos e os benefícios decorrentes do tratamento, respondendo por atuação desnecessária ou desvirtuada.

É evidente que a intervenção médica deve ser precedida de ponderação médica dos riscos e benefícios envolvidos, sendo que nos casos em que a possibilidade de dano supere

os benefícios, deve o médico abster-se de efetivar a intervenção, ainda que haja consentimento do paciente, pois só se justifica a atuação do médico nas situações de risco extremamente agravado se houver perigo concreto à vida, nesse caso dispensável, inclusive, o consentimento informado.

É viável e recomendável a inversão do ônus da prova da obtenção do consentimento informado, conforme permite o Código de Defesa do Consumidor, competindo ao médico a prova de que o paciente autorizou o tratamento, mormente considerando que as práticas médicas ocorrem a portas fechadas.

Compete, no entanto, ao paciente a prova de eventual vício de consentimento que torne inválida a autorização.

Quanto à possibilidade da inobservância do consentimento, por si só, conferir direito à reparação, entendemos que a autonomia do paciente acrescida do poder relativo de disposição sobre o próprio corpo pode dar ensejo ao dever de reparação, mormente nos casos que resultem afetação à integridade física ou grave abalo psíquico, não se justificando somente nos casos de pequenas intervenções médicas em que o resultado supere em muito o dano extrapatrimonial suportado, pois poderíamos entender que houve compensação dos *danos* pelos benefícios.

Dessa forma, partindo do princípio de que o paciente tem o direito sobre sua integridade física e psíquica, podendo decidir por não agir mesmo diante de doenças graves, não se pode avaliar o ato médico apenas considerando o sucesso sob a ótica médica, mas a legitimidade da ação e a repercussão subjetiva no paciente da ação invasiva.

Assim, imaginemos uma situação na qual o médico realize, sem o consentimento, a amputação da perna do paciente para evitar a evolução da gangrena.

Ora, sob o aspecto médico, pode-se afirmar que o tratamento foi um sucesso, pois evitou possível evolução da doença. Contudo, pode ser que a decisão do paciente fosse pela não-intervenção imediata, principalmente diante de tão grave tratamento, mesmo correndo o risco de perder a perna.

Ademais, esse comportamento não seria desprovido de lógica, vez que a doença tem evolução diferente nos diversos organismos, o que poderia evitar a amputação da perna.

Adotar o entendimento de que o consentimento informado somente funciona como reforço na aferição de culpa é diminuir em muito a sua importância, colocando o paciente em situação de desamparo, pois deverá demonstrar a culpa do médico, por exemplo, por uma intervenção precipitada, o que é demasiadamente difícil de se comprovar.

Assim, é possível o consentimento informado funcionar como fator isolado de responsabilização do médico, por violação a sentimento íntimo de autodeterminação, à integridade física e ao dever ético do profissional, afetando-se a honra subjetiva do paciente.

Os tribunais brasileiros têm abarcado a responsabilidade pela violação ao consentimento informado, impondo, nos casos que envolvam interesse de menor, a submissão ao Judiciário para solução do impasse, senão vejamos:

Agravo de instrumento. Cirurgia em filho menor. Divergência dos pais. O filho, sob a guarda da mãe, divergindo os pais a respeito de cirurgia que envolve risco de vida, cabe ao Judiciário se manifestar no sentido da maior proteção ao menor, suspendendo qualquer tentativa de submetê-lo a uma nova cirurgia cardíaca, já que a uma primeira operação foi submetido sem consentimento do pai, que agora se opõe que o filho seja novamente operado, sem antes ser avaliado através de uma bateria de testes.

Agravo de Instrumento 599064656, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, julgado em 09/09/99.²⁵

Outro caso não menos ilustrativo teve a sentença condenatória confirmada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Paraná por violação ao consentimento informado na realização de prática médica, no caso, consistente na laqueadura das trompas da paciente sem a devida autorização. Vejamos:

Apelação Cível. Responsabilidade civil médica. Esterilização (laqueadura) desautorizada durante cesariana. Ato culposos. Dano moral (grifos inexistentes no original).

TJPR - Apelação Cível 61488-6 de Ponta Grossa, Relator Cunha Ribas, juiz convocado.²⁶

Pela importância do caso, colocaremos trechos do voto do ilustre relator Dr. Cunha Ribas. Vejamos:

A questão central da liça reside na ocorrência ou não de autorização para realização de uma laqueadura pelo apelante, na apelação, durante uma cesariana, bem assim as razões de sua realização.

(....)

O apelante alega que diante do quadro pessoal da autora, já tendo feito antes duas cesarianas, a última com filhos gêmeos, correria ela risco de vida, caso tentasse mais uma maternidade.

Sustentou que tinha autorização verbal e escrita por parte da autora, para tal ato.

(....)

Quanto à alegada autorização verbal, nenhuma prova veio aos autos. Já como autorização escrita, pretende o apelante valer-se do documento de fls. 33, e que estava assim pré-escrito:

“Autorização para cirurgia e tratamento.

Declaro que eu, abaixo assinado, consinto em ser submetida a qualquer cirurgia, anestesia ou terapêutica que for julgado necessário ou prudente para o meu tratamento.

Ponta Grossa, 21/05/93.

Paciente

Responsável”

Ora, tal documento em momento algum autorizou o médico a realizar a laqueadura na autora, que, adentrara ao hospital para fazer uma cesariana.

Na prova oral restou extrema de dúvida que tal tipo de autorização era exigida para todo e qualquer paciente que se internasse no hospital (conforme o médico Walter Goetz, testemunha arrolada pelo réu-apelante, fls. 115).

(....)

Em assim procedendo, agiu culposamente o apelante, ao proceder a laqueadura sem autorização, e que naquele momento era desnecessária.

(....)

O planejamento familiar é um direito de livre decisão do casal, assegurado pela Carta Magna (art. 226, § 7º), por isso, não cabe a terceiros tomar-lhe a decisão, salvo em caso de estado de necessidade, o que no caso inocorria.

Ressalte-se que o Conselho Regional de Medicina, por meio do colegiado daquele órgão, já havia afastado qualquer responsabilidade do médico.

No entanto, verifica-se que o médico foi negligente ao não obter o consentimento da paciente por escrito ou diante de testemunhas para a realização de cirurgia tão grave.

Além disso, como mencionado, pouco adianta consentimento genérico, mormente quando não precedido de esclarecimento.

Outro aspecto relevante refere-se ao fato de que risco potencial não enseja a exceção do privilégio terapêutico.

Isso mostra que o Judiciário está adotando posicionamentos coerentes com a tendência mundial em responsabilizar os médicos negligentes quanto ao dever de obtenção do consentimento informado.

O dano corporal só não enseja responsabilização quando legitimado pelo paciente mediante o consentimento informado, salvo impossibilidade do fornecimento ou dispensa pelo risco concreto à vida do paciente.

Acerca da possibilidade do médico ser responsabilizado a despeito de ter adotado prática tecnicamente perfeita, pela ausência da obtenção do consentimento informado, colacionamos o caso relatado pelo ilustre professor Sérgio Cavalieri Filho,²⁷ a saber:

A paciente era possuidora de glaucoma congênito, o que ocasionava deficiência visual, e, por conta desta situação, necessitava de tratamento, o que levou a procurar o oftalmologista. Após a realização do primeiro exame, foi constatado que seria mais indicado a retirada do referido órgão, *com o que não concordou a paciente*. Procedido um exame mais minucioso, foi revelada a existência de capacidade visual. Diante de tal quadro, já em nova consulta, foi a paciente informada de que seria possível realizar uma cirurgia visando, em outro momento, a reaquisição da capacidade visual. Tratava-se de cirurgia fistulizante, como forma de reduzir a pressão, e, em segundo momento, tentar um transplante de córnea. Enquanto procedida à obtenção da verba para operar, teve a paciente nova crise, fazendo com que procurasse seu médico. Neste momento foi indicada a cirurgia, que pensava a paciente ser a fistulizante, quando, em realidade, era a de retirada do órgão visual.

Procedida a intervenção, conhecida tecnicamente como enucleação, muito embora bem-sucedida, motivou o ingresso da autora na justiça em busca de indenização por danos materiais e morais porque o seu consentimento foi dado para outro tipo de cirurgia. *A ação foi julgada procedente, como não poderia deixar de ser, uma vez que o médico descumpriu dever inerente à sua profissão de bem informar e obter o consentimento do paciente.* (destaques inexistentes no texto original)

Outro precedente do egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais,²⁸ assim abordou a relevância da informação, que ausente, afasta a discussão acerca do caráter da obrigação do médico, a saber:

Indenização. Cirurgia de laqueadura tubária. Insucesso. CDC. Ausência de informação. Obrigação de meio e de resultado.

Embora possa ser considerada obrigação de meio ou mesmo de resultado, em caso de cirurgia de laqueadura tubária, a responsabilidade pelo insucesso deve ser apurada mediante culpa, podendo essa ser caracterizada pela ausência de informação de percentual mínimo de insucesso.

(....) não havendo prova de que o médico sequer alertara a paciente para o possível insucesso da cirurgia, ainda que em percentual mínimo, a obrigação de indenizar a paciente pelo médico é mero corolário jurídico (Juiz Belizário de Lacerda).

Presidiu o julgamento o Juiz Belizário de Lacerda (Relator, vencido parcialmente) e dele participaram os Juízes Dárcio Lopardi Mendes (Revisor e Relator para o acórdão) e Valdez Leite Machado (Vogal). Belo Horizonte, 11 de abril de 2002.

Noutro caso de igual relevância o supracitado tribunal assim decidiu:

Ação de indenização. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Responsabilidade médica. Procedimento cirúrgico de laqueadura. Necessidade de expresse consentimento. Danos morais. Fixação do quantum indenizatório.

(....)

A cirurgia em que ocorre a perda da capacidade reprodutiva do ser humano, em decorrência de esterilização, há de ter o inquestionável consentimento do paciente, por não se poder conceber que o médico decida, por si mesmo, ato de extrema importância, que comprometa a vida, o bem-estar ou a saúde dos pacientes, e que estejam em desacordo com as regras de seu ofício.

Apelação Cível 322.443-5 – Montes Claros – 13/12/2000

Terceira Câmara Civil do Tribunal de
Alçada do Estado de Minas Gerais.

O Conselho Federal de Medicina, ainda que de forma tímida, também tem reconhecido o dever médico de obtenção do consentimento informado, senão vejamos:

Processo ético-profissional. Recurso de apelação. Preliminares argüidas: cerceamento de defesa por negativa de juntada de prova emprestada. Falta de fundamentação do acórdão regional. Erro na dosimetria da penalidade. Infração aos arts. 4º, 46, 55, 63 e 65 do CEM: ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida. Usar da profissão para corromper os costumes, cometer ou favorecer crime. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico/paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou política. Manutenção da pena de cassação do exercício profissional

(...)

IV – Exames de partes pudendas ou os que envolvam a intimidade das pessoas precisam de justificativas e consentimento dos examinandos. Comete infração ética grave o médico que, ao proceder a exames, desrespeita o pudor dos pacientes.

V – Preliminares rejeitadas.

VI – Apelação conhecida e improvida.

Relator: Oliveiros Guanais de Aguiar.
Número: 105/1997. Origem: CRM-SP.

Tribunal: Pleno. *DOU* de 20 de fevereiro de 2002, seção 1, p. 54.

Noutro precedente, o Pleno do Conselho Federal de Medicina reiterou a necessidade da obtenção do consentimento informado, a saber:

Processo ético-profissional. Recurso de apelação. Infração aos arts. 46 e 59 do CEM: efetuar tratamento sem o esclarecimento e consentimento prévio do paciente ou de seu responsável. Deixar de informar ao paciente ou a seu responsável do prognóstico, diagnóstico e os riscos do tratamento. Manutenção da pena de advertência confidencial em aviso reservado.

Relator: Jose Hiran da Silva Gallo. Número: 111/1997

Origem: CRM/DF. Tribunal: Pleno. *DOU* de 14/12/2000, seção 1, p. 75.

Dessa forma, como mencionado anteriormente, o Poder Judiciário tem se mostrado sensível aos direitos da personalidade, entre eles o direito ao consentimento informado, não se restringindo tal posicionamento aos Tribunais de Justiça dos Estados, senão vejamos acórdão proferido pelo STJ:

Responsabilidade Civil. Médico. Consentimento informado.

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano.(destaque inexistente no original)

Recurso conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma

do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e César Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Sustentou, oralmente, o Dr. Maurício Rhein Félix, pelo recorrente.

Brasília (DF), 01 de outubro de 2002
(Data do Julgamento).

Ministro César Asfor Rocha, Presidente
(Resp. 436.827 DJ de 18/11/2002)

Na oportunidade, pedimos licença para transcrever trecho do voto do Ministro Ruy Rosado Aguiar, que bem ilustra a circunstância fática em que se fundou o acórdão originário, que foi mantido pelo STJ, a saber:

São fatos incontestados... a paciente foi recebida em anexo do Hospital da Beneficência Portuguesa, destinado aos atendimentos de emergência, para vítimas de atropelamento, de indigentes e de contribuintes do INSS; constou, sob a responsabilidade de quem iria operá-la, que estava sendo internada de emergência (fls. 430); o internamento de emergência até se justificava, pois o próprio Dr. Agenor admitiu ter diagnosticado uma *hemorragia diabética* (fls. 307 e documento de fls. 25), para depois admitir que não era o caso, *mas tinha característica* (fls. 307); após sete horas de espera a autora foi chamada para trocar de roupas no WC feminino, de uso público, no local em que se encontrava; não o fez em quarto particular, a que tinha direito por ter pago (*sic.*) o tratamento; em seguida, foi levada pela enfermeira para a sala de cirurgia; ali, o Dr. Agenor lhe fez a seguinte pergunta: *O que a Sra. vê?* Ela respondeu: *Vejo vultos, clarões* (fls. 303); em seguida, analisou os exames

e disse: *Vou operar. É uma cirurgia difícil, demorada, vamos fazer?* Ela disse: *vamos*. Foi o único diálogo entre a paciente e o cirurgião, tal como ele mesmo reconheceu em seu depoimento pessoal (fls. 581): ... como já acentuado no único diálogo mantido entre o cirurgião e a paciente, que aconteceu no dia da intervenção, não ficou comprovado, tal como afirmado na contestação do Dr. Agenor, que a paciente foi informada *das dificuldades da cirurgia e do prognóstico reservado, como é comum nestes casos* (fls. 80); estava a paciente, portanto, com a informação enganosa do Dr. Saulo – e verdadeira ante a pena de confissão ficta (fls. 296) – de que *poderia ele devolver a visão da autora* (fls. 03); foi nesta pessoa desconhecida (fls. 415) que o Dr. Agenor confiou, certo de que os riscos da cirurgia haviam sido esclarecidos; foi à esta pessoa desconhecida (fls. 415) que o Dr. Agenor *prestou o favor* de aceitar a paciente necessitada; foi esta pessoa desconhecida (fls. 415) que, depois de ter recebido importância equivalente a R\$ 65.054,27, devolveu apenas importância equivalente a R\$ 5.464,39 (fls. 582) O Dr. Agenor não custodiou com seriedade a paciente que, submissa e dominada pelos pré-anestésicos, estava ali à sua mercê, na mesa de cirurgia. Saiu-se com evasivas no que tange à necessidade de dimensionar a pressão intra-ocular, diagnosticou hemorragia diabética sem fazer exame algum, limitou-se a conversar com a paciente poucos minutos antes da operação, presumiu que um desconhecido, sem a especialidade exigida para o caso, houvesse informado convenientemente a autora sobre os riscos da cirurgia, deixou que a paciente mantivesse a esperança de que o médico em que confiava estava prestes a chegar; enfim, não a custodiou sob o compromisso de seu grau, sob o compromisso de sua vocação, sob o compromisso da medicina (fls. 584).

No primeiro caso analisado pelo STJ restou evidenciado o desprezo do médico acerca do dever de informar a paciente sobre os riscos de tão complexa cirurgia, que, ao final, ocasionou perda total da visão e gastos inúteis, sem o sofrimento a que foi submetida pela cirurgia.

Ressalte-se que demonstrada a violação ao dever de obtenção do consentimento informado, cabe ao médico reparar os danos suportados pelo paciente, apurando-se apenas o *quantum* devido. Tal afirmação, contudo, não significa dizer que o consentimento informado transforma a responsabilidade do médico em objetiva, vez que se faz necessária a comprovação da culpa – negligência pela inobservância de dever ético e jurídico.

Por fim, a obtenção do consentimento informado não isenta o médico do dever de observar a técnica recomendada pela ciência, não podendo o profissional aproveitar a concordância para experimentar *terapias* ou resuscitar procedimentos não recomendados.

As experiências em seres humanos seguem regras próprias, não se confundindo com o ato médico direcionado ao tratamento e cura do paciente.

5. Novo Código Civil

O novo Código Civil, atento à importância dos direitos da personalidade, entre eles o direito da autonomia efetivado no consentimento informado, dispôs, no art. 15, que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, *com risco de vida*, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica (destaque inexistente no original).

A forma como o mencionado artigo foi redigido gera conflitos de hermenêutica, vez que seria possível, pela letra do dispositivo, obrigar o paciente a submeter-se a todos os tratamentos que não impliquem riscos à própria vida. Tal interpretação, contudo, não encontra amparo no ordenamento jurídico.

Na verdade, entendemos que o dispositivo citado possibilita ao paciente o exercício da resistência, mediante o poder de autodeterminação, legitimando-se o uso de todos os meios necessários, inclusive a força, amparado na legítima defesa, para não se submeter ao tratamento quando implicar risco à vida.

Além disso, consideramos extremamente difícil a definição exata do que seja o *risco à vida* mencionado no aludido artigo.

Já o art. 13 dispõe que “salvo por *exigência* médica – aqui entendemos que melhor seria o termo *necessidade* – é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”

Dessa forma, a disposição do próprio corpo, quando resultar diminuição permanente da integridade física, só poderá ocorrer por necessidade médica. Obviamente que a necessidade médica deve estar evidenciada no risco concreto superior à inércia.

Infelizmente, o novo Código Civil não protegeu expressamente a integridade *psíquica*, embora já esteja salvaguardada pelo Código de Ética Médica, pois só explicitou o dever de obtenção do consentimento informado nas situações que envolvam risco à integridade física ou à vida.

Observe-se que a expressão “disposi-

ção do próprio corpo” indica a necessidade de consentimento informado, pois quem poderia dispor sobre o próprio corpo senão o paciente?

Já o art. 13 do novo Código Civil protege a integridade física e os bons costumes, e não as situações de risco à vida como dispõe o art. 15 do citado código.

Dessa forma, inválido o consentimento informado concedido nos casos que possam resultar diminuição permanente da integridade, e que não exista necessidade médica, em outras palavras, se o risco da doença é menor que a perda decorrente do tratamento.

Também o consentimento informado concedido para tratamentos que atentem aos bons costumes é inválido, a não ser que haja necessidade médica comprovada.

6. Conclusão

Talvez o caráter sobrenatural que sempre se pregou sobre a medicina tenha sido uma válvula de escape, uma proteção para o profissional que temia ter seu exercício profissional discutido, questionado, principalmente em tempos de pouca evolução científica, não se justificando atualmente tal posicionamento.

Todavia, aquela suposta proteção da obscuridade fez, na verdade, que se aumentasse a desconfiança acerca dos profissionais, distanciando o paciente do médico e aproximando-o do Poder Judiciário, que inicialmente esteve tímido quanto à responsabilização, mas que hodiernamente tem se tornado cada vez mais exigente.

Nota-se que, por ser uma salvaguarda do médico e um direito do paciente, o consentimento informado deveria ser praticado com mais frequência, a fim de se evitar o crescente número de ações judiciais, bem como o aumento da desconfiança em relação ao serviço médico prestado, lembrando-se que a medicina é exercida com o apoio da confiança depositada no profissional, não sendo interessante perdê-la, sobretudo em tempos cada vez mais exigentes quanto à perfeição, embora tão aquém dela.

Ressalte-se que o consentimento informado tem sérios reflexos na aferição da responsabilidade do médico, inclusive com repercussão na esfera penal, vez que legitima o ato médico.

Ficou demonstrado que tecnicamente o consentimento informado é valor elevado do ser humano que deve receber tutela efetiva independente da existência de dano corporal, sendo possível a satisfação de dano moral puro consistente na violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

Todavia, acreditamos que nos casos de pequenas intervenções médicas sem repercussão na integridade física do paciente dificilmente dará ensejo à satisfação do dano moral suportado, pois poderíamos falar em compensação do dano pelos benefícios da atuação do médico.

Por fim, a hipótese de o consentimento informado constituir excludente de ilicitude na esfera cível não restou aceita, vez que, por seus fundamentos, o consentimento informado só confere legitimidade ao ato médico adotado dentro dos ditames da medicina, não

constituindo imunidade ao profissional da saúde.

O consentimento informado só deve ser afastado nas hipóteses restritas à impossibilidade de fornecimento ou risco concreto à vida, à integridade física ou à saúde.

O consentimento informado não é um direito exclusivo do paciente, mas, principalmente, garantia do médico, que tem sua intervenção legitimada, diminuindo significativamente a probabilidade de pretensões judiciais em seu desfavor.

7. Referências bibliográficas

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. Revista Jurídica. Porto Alegre, 231, p. 122-147, jan. 1997.
- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Responsabilidade civil médica: acórdãos dos Tribunais Superiores*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COUTINHO, Leão Meyer. *Código de ética médica comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 2 v. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente*. Évora: Coimbra Editora, 2001.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética: legislação positiva aplicável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2002.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Tribunal de Alçada de Minas Gerais. *Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.ta.mg.gov.br/frames.asp?Tipo=9>>. Acesso em 04/11/2002.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/csp/juris>>. Acesso em 04/11/2002.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 04/11/2002.

Notas

¹ MAGALHÃES *apud* RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente.

² RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente, p.14.

³ RODRIGUES, *op. cit.*, p.16.

⁴ BRASIL. Lei 8.069/1990 – Art. 28, § 1º: Sempre que possível, a criança ou o adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

⁵ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*, p. 107.

⁶ O novo Código Civil utiliza, no art.139, II, a expressão *qualidades essenciais*.

⁷ Art. 140 do novo Código Civil: O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

⁸ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 29.

⁹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰ Foi proferida no caso Hunt v. Bradshaw.

¹¹ Na seqüência de uma laparotomia – incisão da parede abdominal – com finalidade diagnostica, após ter sido detectado um tumor, foi aprofundada a intervenção para sua extração; o paciente havia afirmado que não queria ser operado.

¹² RODRIGUES, *op. cit.*, p. 36.

¹³ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 38-39.

¹⁴ COUTINHO, Leão Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. p. 59.

¹⁵ MATIELO, *op. cit.*, p. 96. Anamnese é procedimento singelo, através do qual o paciente, ou o responsável por ele, informa ao médico sobre o início da moléstia em seus sintomas, tempo em que isso ocorreu, principais sintomas, bem como outras informações úteis, tais como a incidência de casos daquela patologia em parentes próximos, modo de vida (ativa, sedentária, etc.) e tudo o mais que possa auxiliar na pesquisa da melhor solução.

¹⁶ MATIELO, *op. cit.*, p. 47-48.

¹⁷ COUTINHO, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em 04/11/2002.

¹⁹ MATIELO, *op. cit.*, p.35.

²⁰ MATIELO, *op. cit.*, p.35.

²¹ MATIELO, *op. cit.*, p. 36.

²² MATIELO, *op. cit.*, p.106.

²³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*, p.148.

²⁴ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*, p.80.

²⁵ Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 04/11/2002 .

²⁶ Disponível em <www.tj.pr.gov.br/csp/juris/list.csp?flag=1&seq=133235&job=422&nro=1&sen=pro >. Acesso em 04/11/2002.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 279-280.

²⁸ Disponível em <www.ta.mg.gov.br/Consulta/Teor.asp?Processo=52994>. Acesso em 04/11/2002.
